

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Il rito cautelare «competitivo»

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/104773> since 2016-06-05T12:39:13Z

Publisher:

Giappichelli

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

EUGENIO DALMOTTO

IL RITO CAUTELARE «COMPETITIVO»

SOMMARIO: 1. Riforma del procedimento cautelare: la finalità deflattiva dei giudizi di merito e l'intento chiarificativo. – 2. (Segue): ... gli interventi sulla disciplina codicistica. – 3. (Segue): ... le prevedibili influenze sull'amministrazione della giustizia. – 4. Dubbi interpretativi: la soluzione *ope legis*. – 5. (Segue): ... il ricorso nell'interesse della legge e la soluzione nomofilattica. – 6. Generalizzazione del procedimento cautelare societario: la corrispondenza perfetta. – 7. (Segue): ... la corrispondenza imperfetta. – 8. (Segue): ... le disarmonie inconciliabili. – 9. (Segue): ... le differenze armonizzabili. – 10. Disciplina transitoria: procedimenti *ante causam* e in corso di causa. – 11. (Segue): ... norme innovative e norme interpretative.

1. – Trascorso un decennio di esperienza applicativa, si può esprimere un giudizio ampiamente positivo sul procedimento uniforme disciplinato dagli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., che è il risultato della profonda revisione della materia cautelare operata, novellando il codice di procedura civile, dalla l. 26 novembre 1990, n. 353 ⁽¹⁾.

Erano peraltro emerse due forti esigenze.

Occorreva innanzitutto spezzare il vincolo di obbligatoria strumentalità tra la fase cautelare e quella di merito, da tempo segnalato, in relazione a talune categorie di rimedi cautelari, come uno dei maggiori difetti della disciplina introdotta con la novella del 1990 ⁽²⁾. Ottenuto il provvedimento cautelare, il ricorrente vittorioso ha infatti spesso soddisfatto la propria pretesa e non ha interesse a coltivare la causa nel merito. Né l'interesse ad instaurare il giudizio a cognizione piena sorge inevitabilmente in capo alla parte soccombente, per la quale può risultare non conveniente intraprendere un successivo processo dove la propria soccombenza verrebbe pro-

⁽¹⁾ Su cui cfr., tra gli altri, CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, pp. 565-740; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, pp. 393-435; TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; FRUS, sub artt. da 669-bis a 669-quaterdecies c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, pp. 607-804; CIPRIANI, TARZIA (a cura di), *Legge 26 novembre 1990, n. 353*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, cc. 294-426; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pp. 293-401; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 688-738; TOMMASEO, *Legge 26 novembre 1990, n. 353, artt. da 73 a 77*, in *Corr. giur.*, 1991, pp. 95-107; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 355-387.

⁽²⁾ In proposito, cfr. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 672 s., e *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 501; PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 8; il punto 43) della proposta di disegno di legge delega elaborata dalla Commissione Tarzia, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 945 ss., part. p. 964, nonché la relativa relazione, *ivi*, p. 971 ss., part. p. 1016 s.; nonché la lett. b) del punto 53) del progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella, ora lett. b) dell'art. 50, d.d.l. delega C. 4578/XIV.

babilmente confermata ed a cui può comunque non importare di rovesciare la situazione imposta dal giudice della cautela, se prevede che la sentenza di merito sarà pronunciata a distanza di anni.

Occorreva, in secondo luogo, superare perduranti incertezze interpretative del testo di legge.

In questo quadro si è calato il «maxiemendamento» sulla riforma del processo civile contenuto nella l. 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

Per quanto riguarda la materia cautelare, con esso il legislatore ha perseguito sia l'obiettivo di attenuare il nesso di strumentalità tra fase cautelare e fase di merito, sia l'obiettivo di chiarificare i punti maggiormente problematici della vecchia disciplina.

L'allentamento del nesso di strumentalità tra tutela cautelare e tutela ordinaria è stato realizzato aggiungendo all'art. 669 *octies* c.p.c. la seguente previsione: le disposizioni sulla perdita di efficacia del provvedimento cautelare in caso di mancata instaurazione della causa di merito, ovvero di estinzione della stessa, «non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688».

La chiarificazione si è invece avuta operando alcune modifiche o integrazioni in tema di rapporto con l'arbitrato irrituale, di revoca o modifica del provvedimento e di reclamo cautelare, che, a parte il caso del *dies a quo* per il reclamo, hanno recepito orientamenti su cui si era indirizzato il consenso della giurisprudenza e della dottrina⁽³⁾.

Ha così preso forma un nuovo rito cautelare, che, essendo il d.l. n. 35/2005 correntemente chiamato «decreto competitività», può venire battezzato, con una certa dose di arbitrarietà, ma tutto sommato efficacemente, «rito cautelare competitivo».

2. – Procediamo però lungo la sequenza delle disposizioni del codice di procedura civile.

Nel nuovo art. 669 *quinquies* c.p.c., si è precisato che la tutela cautelare è compatibile con la presenza di una clausola compromissoria anche per arbitrato irrituale.

Nel nuovo art. 669 *octies* c.p.c., non solo – con l'importante intervento di attenuazione del nesso di strumentalità già evidenziato – si è reso possibile svincolare la tutela cautelare di tipo anticipatorio dal giudizio di merito, ma si è altresì innalzato da trenta a sessanta giorni il termine per iniziare la fase di merito dopo aver ottenuto la misura cautelare (nei casi in cui l'instaurazione del merito continui ad occorrere e cioè nel caso di concessione di un provvedimento di natura conservativa).

Nel comma 1° del nuovo art. 669 *decies* c.p.c., si è definita la regola secondo cui

⁽³⁾ In termini simili, cfr. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in atti del *Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Ravenna, 19 maggio 2006, § 1, che contrappone questi interventi, che «tendono ad introdurre elementi di razionalizzazione, apportando modifiche che già la giurisprudenza della Corte costituzionale aveva anticipato o che comunque si riferiscono a punti problematici, pure segnalati da dottrina e giurisprudenza», all'abolizione del «rigido aggancio temporale che normalmente collega» la fase cautelare con quella di merito, incidendo sul requisito della strumentalità.

la revoca o modifica del provvedimento cautelare può essere chiesta, salvo che sia stato proposto reclamo, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si provi che si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare.

Nel comma 2° del nuovo art. 669 *decies* c.p.c., si è stabilito che, quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto (ipotesi che ora potrebbe verificarsi di frequente in relazione ai provvedimenti anticipatori, non essendo più obbligatorio – come si è detto – intraprendere e coltivare la causa di merito), è il giudice che ha deciso sull'istanza cautelare ad essere competente a provvedere su revoca o modifica.

Nel comma 1° del nuovo art. 669 *terdecies* c.p.c., il termine per la proposizione del reclamo cautelare è stato elevato da dieci a quindici giorni e si è chiarito che il termine decorre dalla pronuncia in udienza dell'ordinanza ovvero, in caso di pronuncia fuori udienza, come è statisticamente assai più frequente, dalla sua comunicazione o, se anteriore, dalla sua notificazione.

Nel comma 4° del nuovo art. 669 *terdecies* c.p.c., è stata riconosciuta la proponibilità in sede di reclamo di circostanze e motivi sopravvenuti, nonché l'assumibilità di nuove informazioni e l'acquisibilità di nuovi documenti. È stato inoltre dettato il principio secondo cui non è consentita la rimessione al primo giudice.

3. – È naturalmente presto per giudicare se il rito cautelare riformato dalla l. n. 80/2005 potrà conseguire l'obiettivo di rendere più efficiente la risposta alla domanda di giustizia dei cittadini e delle imprese.

Qualche effetto può tuttavia essere pronosticato.

Può prevedersi che, attenuandosi il carattere della strumentalità, vale a dire evolvendo la funzione del procedimento cautelare da un fine che non è più tanto quello di preservare diritti oggetto di un successivo processo, quanto piuttosto quello di assicurare subito una utilità sostanziale indipendentemente dal successivo aprirsi di una fase a cognizione piena volta ad ottenere un accertamento con efficacia di giudicato, i giudici tenderanno ad accentuare l'indagine sul requisito del *fumus boni iuris*, che probabilmente verrà valutato con maggiore severità rispetto al *periculum*, considerata la possibile assenza del giudizio di merito⁽⁴⁾.

Il baricentro delle azioni giudiziarie dovrebbe pertanto progressivamente muovere verso il giudice della cautela, divenuto capace, con la l. n. 80/2005, di soddisfare adeguatamente ed a tempo potenzialmente indefinito numerose istanze.

Fornendo qualche sicurezza applicativa in più in un ambito processuale destinato alla centralità, gli interventi di chiarificazione che il legislatore ha ritenuto di operare, pur non risolvendo tutte le questioni dibattute in questi anni sul terreno della pratica forense, meritano quindi, sin d'ora, una valutazione positiva.

4. – È ad ogni modo lecito domandarsi se approntare una soluzione legislativa per le incertezze sorte in relazione ai rapporti con l'arbitrato irrituale, alla revoca o modifica e al reclamo, fosse una strada realmente obbligata.

⁽⁴⁾ In questo senso, cfr. altresì OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme* (legge 14 maggio 2005, n. 80), in *www.judicium.it* (15 giugno 2005), § 1.

Per il vero, occorre notare come gran parte dei dubbi che la l. n. 80/2005 ha inteso dissipare discendessero non tanto dalla cattiva tecnica redazionale del legislatore del 1990, o dall'intrinseca difficoltà degli argomenti, quanto dalla circostanza che le ordinanze rese in sede cautelare non sono, o meglio non erano, mai ricorribili in Cassazione e che quindi il controllo nomofilattico della Suprema Corte non ha potuto esplicarsi.

Sarebbe stato dunque sufficiente, anziché regolamentare legislativamente i singoli punti controversi, forgiare strumenti atti ad assicurare l'esercizio della funzione nomofilattica pure nei casi di non ricorribilità del provvedimento avanti alla Suprema Corte.

Non è stata però questa la scelta del legislatore, che ha preferito risolvere direttamente i dubbi interpretativi anziché lasciare l'opera al giudice di legittimità, per quanto lo stesso legislatore abbia previsto l'estensione alla materia cautelare dell'istituto del ricorso in Cassazione nell'interesse della legge.

5. – L'art. 1 *bis*, comma 1°, lett. b), l. n. 80/2005, nel dettare i criteri direttivi per la riforma del giudizio innanzi alla Suprema Corte, ha in effetti contemplato l'incarico per il Governo di predisporre «meccanismi idonei, modellati sull'attuale art. 363 c.p.c., a garantire l'esercitabilità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche nei casi di non ricorribilità del provvedimento ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost.»⁽⁵⁾.

Esercitando la delega, ciò si è tradotto, grazie all'art. 4, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, nell'estensione a nuove ipotesi dell'istituto del ricorso nell'interesse della legge di cui all'art. 363 c.p.c., così da consentire la produzione di orientamenti giurispru-

⁽⁵⁾ La delega ha riecheggiato quanto previsto dal progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella alla lett. g) del punto 33), trasfusa nella lett. g) dell'art. 31, d.d.l. delega C. 4578/XIV, dove si ipotizzava di consentire alla Cassazione di svolgere, anche nelle materie dove i provvedimenti non siano impugnabili ex art. 111 Cost., il compito di indirizzo interpretativo che l'ordinamento le riconosce. In proposito, nella nota illustrativa a corredo del d.d.l. può leggersi: «com'è noto, l'attuale diritto vivente in tema di ricorso straordinario ex art. 111 Cost. nega la possibilità di impugnare i provvedimenti che, oltre alla forma, non abbiano neppure gli effetti propri delle sentenze. In particolare, non sono censurabili in Cassazione i provvedimenti modificabili e revocabili dal giudice che li ha emessi, come quelli che dispongono circa i figli minori; non lo sono neppure i provvedimenti i cui effetti sono destinati ad essere riassorbiti in altri provvedimenti definitivi, come quelli cautelari. Questa situazione produce un notevole inconveniente: l'impossibilità per la Corte di dare dei precedenti. Tanto per fare un esempio, non vi possono essere sentenze della Cassazione sull'interpretazione ed applicazione degli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. Ciò produce, nella materia del procedimento cautelare, una giurisprudenza a macchia di leopardo: tante "prassi" quanti sono i tribunali; il che è proprio quello che la presenza di una Corte suprema dovrebbe evitare. Per ovviare a tale inconveniente, non è certo possibile estendere illimitatamente la previsione dell'art. 111 Cost. anche ai provvedimenti del tipo di quelli sopra indicati, in quanto ciò produrrebbe un ulteriore aggravio per la Cassazione. Tuttavia, poiché – appunto – nelle dette materie la Costituzione non garantisce la decisione della Cassazione, si può pensare di ammettere la parte soccombente a proporre comunque l'impugnazione, e che la Corte possa insindacabilmente scegliere di decidere solo i ricorsi che diano l'occasione di emettere una pronuncia di principio, e di declinare l'esame degli altri con un provvedimento che si limiti a dar atto della mancanza di interesse generale degli stessi; ovvero si può pensare (ma la scelta tra queste tecniche va lasciata al legislatore delegato) ad un meccanismo – attivabile dal Procuratore Generale – analogo al vigente (ma perento) art. 363 che provochi una pronuncia di mero indirizzo, e cioè nomofilattica nel senso più pregnante della parola, della Corte senza incidenza nel caso concreto che ha dato occasione alla pronuncia».

denziali del giudice di legittimità in materie finora precluse al suo esame. Più precisamente, il nuovo testo dell'art. 363 c.p.c. oggi consente al Procuratore Generale presso la Cassazione di ricorrere nell'interesse della legge anche quando il provvedimento non sia ricorribile in sede di legittimità né altrimenti impugnabile, e consente alla stessa Suprema Corte di procedere d'ufficio, sempre nell'interesse della legge, quando la questione di diritto sottesa ad una impugnazione da dichiarare inammissibile appaia di particolare importanza.

Sennonché il ricorso nell'interesse della legge disciplinato dall'art. 363 c.p.c. non pare troppo efficace, mancando alla parte rimasta soccombente lo stimolo a sollecitare l'interpretazione della Cassazione, il cui intervento potrebbe essere chiesto per via mediata, investendo della questione il Procuratore Generale, o direttamente, proponendo in Cassazione un ricorso che, essendo sotto gli altri profili inammissibile, sia volto solo ad ottenere una pronuncia *ex art. 363 c.p.c.* Considerato che, secondo quanto recita il quarto comma dell'art. 363 c.p.c., «la pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito» e cioè non ha effetto sul provvedimento sottoposto *ex art. 363 c.p.c.* al vaglio della Cassazione, non si vede infatti per quale motivo un privato dovrebbe segnalare al Procuratore Generale l'esistenza di una questione sottoponibile all'esame *ex art. 363 c.p.c.* sperando che questi proponga ricorso nell'interesse della legge. E ancor meno si capisce perché mai dovrebbe essere avanzato un ricorso inammissibile semplicemente per consentire alla Suprema Corte di procedere d'ufficio, in base al nuovo art. 363 c.p.c., qualora ritenga di interesse generale la questione di diritto. Né al momento sembra probabile che, a differenza di quanto avvenuto in passato, il Procuratore Generale si attivi senza l'impulso di una parte interessata alla pronuncia.

Senza nulla togliere all'utilità di eventuali futuri interventi nomofilattici della Cassazione ai sensi del riformato art. 363 c.p.c., non si può dunque dubitare che la soluzione *ope legis* di alcune gravi incertezze interpretative in tema di procedimento cautelare sia stata opportuna, tanto più che, come in precedenza accennato, le opzioni prescelte rispecchiano, per la maggior parte, gli orientamenti che avevano assunto consistenza prevalente.

6. – Rinviano ad altra sede l'esame degli specifici problemi interpretativi posti dalle singole modifiche ed integrazioni degli artt. 669 *quinquies*, *octies* e *decies* c.p.c.⁽⁶⁾, qui interessa osservare che la grande maggioranza delle novità contenute nella l. n.

⁽⁶⁾ Tra i contributi ai quali ci si può al momento riferire, cfr. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, pp. 321-366; BORGHESI, *op. cit.*; BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECHELLA (a cura di), *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, pp. 99-132; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in AA.VV., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, cc. 135-140; LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, pp. 215-229; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, pp. 71-108; OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, *cit.*; GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 781-826, e in PUNZI, RICCI (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, pp. 81-126.

80/2005 costituisce la generalizzazione a tutta la materia cautelare di quelle contenute nel d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, relativo al processo societario.

Le regole sull'utilizzabilità della tutela cautelare anche in caso di deferimento della controversia ad arbitri irrituali, sull'attenuazione della strumentalità, sulla stabilità ed efficacia del provvedimento cautelare, sulla revoca e sul reclamo, erano infatti già presenti negli artt. 23 e 24, nonché nell'art. 35, d.lgs. n. 5/2003, anche se il parallelismo può sfuggire ad una lettura veloce, dal momento che le innovazioni oggi raggruppate in una disciplina unitaria erano state ripartite dal legislatore del rito societario in discipline analoghe ma distinte, rispettivamente dedicate al procedimento cautelare *ante causam* e a quello *lite pendente*⁽⁷⁾, e si era preferito collocare la norma sulla compatibilità tra arbitrato libero e ricorso cautelare tra le disposizioni volte a disciplinare l'arbitrato previsto negli statuti societari.

7. – Laddove il parallelismo tra la l. n. 80/2005 e il rito societario è perfetto nei contenuti, risulta superata la questione, insorta nella vigenza del vecchio testo del codice di rito, se la disciplina codicistica possa essere interpretata, laddove sussistano contrasti, alla luce del d.lgs. n. 5/2003⁽⁸⁾.

Il parallelismo non è tuttavia dappertutto perfetto.

Così, per quanto riguarda il nesso di strumentalità necessaria, la l. n. 80/2005 lo elimina per i provvedimenti di urgenza (specificando «emessi ai sensi dell'art. 700» c.p.c.) e per gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, nonché per i «provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688» c.p.c.; mentre gli artt. 23 e 24, d.lgs. n. 5/2003, si limitano a fare riferimento, per sancirne l'abolizione, ai «provvedimenti di urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito».

Inoltre, per quanto riguarda la pronuncia sulle spese, la l. n. 80/2005 nulla dispone, lasciando, almeno in apparenza, che essa continui ad essere regolata secondo la precedente disciplina; mentre il comma 2° dell'art. 23, d.lgs. n. 5/2003, dispone che il giudice debba provvedere a liquidarle «in ogni caso» e quindi, a differenza di quanto avviene *ex art. 669 bis ss. c.p.c.*, non solo quando l'istanza cautelare venga

⁽⁷⁾ Questa tecnica normativa non era peraltro parsa ineccepibile, comportando ripetizioni e, cosa peggiore, suscitando taluni dubbi interpretativi, dal momento che il legislatore del d.lgs. n. 5/2003 nulla dice circa l'applicabilità al procedimento cautelare in corso di causa di norme di carattere generale formalmente dettate per il solo procedimento cautelare *ante causam*, come ad esempio quelle in tema di modifica, revoca e reclamo, lasciando all'interprete la conclusione secondo cui tali disposizioni, per evitare un'ingiustificata disparità di trattamento, non possono che applicarsi anche, in quanto compatibili, al procedimento cautelare in corso di causa.

⁽⁸⁾ Cessata l'asimmetria normativa, riceve pertanto una implicita risposta negativa la domanda circa l'esistenza di motivi che giustificassero la limitazione al campo societario del disposto dell'ultima parte del comma 5° dell'art. 23, d.lgs. n. 5/2003, laddove prevede che in sede di reclamo il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti e stabilisce che non è consentita la rimessione al primo giudice, come pure riceve una risposta negativa la domanda circa l'esistenza di ragioni per cui il comma 5° dell'art. 35, d.lgs. n. 5/2003, che ammette la compatibilità tra la clausola per arbitrato irrituale e la tutela cautelare, non potesse essere invocato, in un contesto più ampio, per sostenere la generale compatibilità tra arbitrato irrituale e intervento in via cautelare del giudice.

respinta *ante causam* ma anche quando venga accolta ovvero la reiezione sia pronunciata in corso di causa⁽⁹⁾.

E per quanto riguarda il termine per il reclamo cautelare, la l. n. 80/2005 prevede che contro l'ordinanza cautelare sia ammesso il reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione, se anteriore; mentre l'art. 23, comma 5°, d.lgs. n. 5/2003, prevede che il reclamo cautelare si proponga nel termine di dieci giorni (e come stabiliva la vecchia disciplina del codice di procedura civile) dalla comunicazione del provvedimento, senza fare alcun cenno all'eventualità che questo venga pronunciato in udienza o sia notificato anteriormente alla comunicazione.

8. – La risposta su come coniugare tali differenze sembrerebbe scontata.

Dal momento che la disciplina sul rito societario è speciale rispetto all'articolato contenuto nel codice di procedura civile, essa parrebbe operare esclusivamente nel proprio specifico settore, senza possibilità di influire sull'interpretazione del codice di rito.

Così bisogna in effetti rispondere laddove ci sia un manifesto contrasto, come nel caso del termine per la proposizione del reclamo, che la l. n. 80/2005 fissa in quindici giorni anziché nei dieci di cui al d.lgs. n. 5/2003.

Bisogna però considerare che, secondo quanto è ampiamente noto, il d.lgs. n. 5/2003, più che essere dettato a tutela delle particolari esigenze della materia societaria (e di quella assimilata), fu animato dalla volontà di anticipare le novità da introdurre con una successiva riforma organica di tutto il processo civile che avrebbe dovuto realizzarsi sviluppando i criteri emersi dai lavori compiuti dalla Commissione Vaccarella e che ha iniziato a trovare attuazione, per taluni aspetti, tra cui i profili inerenti la materia cautelare, con la l. n. 80/2005.

Ciò comporta precise conseguenze a seconda della sussistenza di vere e proprie incompatibilità o di meri difetti di coordinamento.

Per le ipotesi di insanabile contrasto, come quello riguardo alla lunghezza del termine per proporre il reclamo cautelare, l'applicazione del principio di specialità è inevitabile, benché la differente regolamentazione, non essendo facilmente spiegabile dal punto di vista razionale, appaia ingiustificata alla stregua del parametro dell'uguaglianza dettato dall'art. 3 Cost.⁽¹⁰⁾ e sembri consentire una futura declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa speciale.

9. – Per le altre ipotesi, quando un contrasto insuperabile non sussista, le due normative, più che in rapporto di specialità, sembrano dover essere poste, anche per evitare irragionevoli e quindi incostituzionali diversità di disciplina, in rapporto di

⁽⁹⁾ Per il vero, l'applicabilità dell'art. 23, comma 2°, d.lgs. n. 2003, ai provvedimenti in corso di causa (e a quelli di carattere conservativo) è discussa, anche se il tenore letterale della disposizione sembrerebbe imporre la sua estensione ai provvedimenti *lite pendente* e la sua validità anche per i provvedimenti conservativi.

⁽¹⁰⁾ In particolare, non pare seriamente sostenibile che la materia societaria sia «più urgente» di altre materie, come ad esempio quelle volte alla tutela dei diritti della personalità, ricomprese nella normale disciplina.

reciproca integrazione, cosicché in caso di lacune o comunque incertezze interpretative, lo scambio sarà nei due sensi: le norme sul procedimento cautelare societario dovranno fare riferimento alle compatibili disposizioni contenute nel codice di rito (come del resto dispone il comma 7° dell'art. 23, d.lgs. n. 5/2003), e viceversa le norme sul procedimento cautelare uniforme dovranno fare riferimento alle compatibili disposizioni sul procedimento cautelare societario.

Ne consegue, quanto alla pronuncia sulle spese, che, nulla disponendo in proposito la l. n. 80/2005, invece di lasciare operare, in base ad una meccanica applicazione del principio di specialità, le preesistenti norme contenute nel codice di rito (in base alle quali la liquidazione delle spese non è prevista quando l'istanza cautelare venga accolta ovvero quando sia proposta in corso di causa), occorrerà estendere alla disciplina generale, applicandolo anche al di fuori dal rito societario, l'art. 23, comma 2°, d.lgs. n. 5/2003, formalmente riferito ai procedimenti cautelari *ante causam* ma estensibile sul punto a quelli in corso di causa, secondo cui il giudice deve provvedere alla liquidazione «in ogni caso».

Ne consegue inoltre, quanto al termine per reclamare, che, quando in un procedimento in materia societaria la misura cautelare venga pronunciata in udienza o la notificazione del provvedimento avvenga prima della sua comunicazione, il termine di dieci giorni per proporre reclamo inizierà a decorrere non dalla comunicazione, come di per sé solo stabilirebbe il comma 5° dell'art. 23, d.lgs. n. 5/2003, ma, integrando la normativa speciale con quella generale, dall'antecedente pronuncia in udienza o notificazione, come ora stabilisce l'art. 669 *terdecies* c.p.c.

10. – Passando ad un ultimo importante interrogativo, rimane da appurare a partire da quando la nuova disciplina sul procedimento cautelare uniforme sia entrata in vigore.

Secondo la normativa transitoria⁽¹¹⁾, le disposizioni contenute nella l. n. 80/2005 e successive modifiche ed integrazioni sono entrate in vigore «il 1° marzo 2006 e si applicano» (salvo che per la materia esecutiva, per la quale le innovazioni operano a decorrere dal 1° marzo 2006 anche nei confronti delle procedure pendenti) «ai procedimenti instaurati successivamente a tale data di entrata in vigore».

Come interpretare questa norma in relazione ai procedimenti cautelari?

Per i procedimenti *ante causam*, non sorgono particolari problemi: occorre semplicemente verificare che la data del deposito in cancelleria del ricorso cautelare, che segna il momento della litispendenza cautelare⁽¹²⁾, non sia anteriore al 1° marzo 2006.

⁽¹¹⁾ Si fa riferimento al comma 3° *quinquies* dell'art. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, come sostituito dall'art. 8, d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 agosto 2005, n. 168 e dall'art. 1, comma 6°, l. 28 dicembre 2005, n. 263, così come modificato dall'art. 39 *quater*, l. 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273.

⁽¹²⁾ Nel senso che, nei procedimenti introdotti con ricorso, gli effetti processuali della domanda si producano con riguardo al momento del deposito del ricorso e non della sua notificazione, v., relativamente al processo del lavoro, ma con ragionamento estensibile al procedimento cautelare, Cass., Sez. un., 11 maggio 1992, n. 5597, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2089, con nota di COSTANTINO, e in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 576, con nota di MONTELEONE.

Più difficile è il caso delle istanze cautelari proposte in corso di causa.

Rispetto ad esse è infatti incerto se occorra guardare alla data della pendenza del giudizio cautelare o a quella precedente della pendenza del giudizio di merito.

Preso isolatamente, il dato testuale, parlando di applicazione «ai procedimenti instaurati successivamente al 1° marzo 2006», appare neutro, potendosi riferire tanto ai procedimenti di merito come ai procedimenti cautelari.

L'idea è però che rilevi il momento della pendenza della causa di merito e cioè la data della notificazione dell'atto di citazione con cui venga instaurato il giudizio ordinario di cognizione, restando indifferente quando sia stato depositato il ricorso cautelare: se il procedimento di merito è iniziato prima del 1° marzo 2006, le vecchie regole troveranno applicazione ancorché l'istanza cautelare sia stata depositata in seguito⁽¹³⁾.

Tale opinione è confermata dalla circostanza che il legislatore non abbia ripetuto la previsione contenuta nell'art. 41, comma 1°, d.lgs. n. 5/2003, che, nel campo del processo societario, ha consentito di applicare l'art. 24, d.lgs. n. 5/2003, in tema di cautelari in corso di causa, alle istanze cautelari proposte successivamente all'entrata in vigore del decreto benché il giudizio di merito fosse già pendente.

Né la mancanza di una disposizione analoga a quella di cui all'art. 41, comma 1°, d.lgs. n. 5/2003, pare avviabile in via interpretativa, stante la natura eccezionale della norma transitoria. Il che desta qualche rammarico, giacché la disciplina dettata dal legislatore del processo societario era invero perfettamente razionale, nell'ottica dell'economia processuale, in quanto, consentendo al principio della strumentalità attenuata di operare anche nei processi a cognizione piena instaurati anteriormente, consentiva alle parti che avessero ottenuto un provvedimento cautelare dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2003 di non doversi più preoccupare di coltivare il giudizio, permettendo loro di lasciar estinguere il giudizio di merito senza per questo subire la conseguenza della cessazione di efficacia del provvedimento a sé favorevole.

11. – Si tenga infine presente che solo alcune delle nuove disposizioni sul procedimento cautelare uniforme hanno contenuto innovativo, mentre altre – come si è incidentalmente rilevato in diverse occasioni – presentano carattere sostanzialmente ricognitivo dell'interpretazione prevalente.

Per le disposizioni di carattere innovativo (quali quelle *ex art. 669 octies c.p.c.*,

⁽¹³⁾ In senso contrario, CAMPESE, SCARPA, *I procedimenti cautelari e possessori*, Milano, 2005, p. 33 ss., per i quali le modifiche della disciplina uniforme sarebbero efficaci per i procedimenti cautelari iniziati a far data dal 1° marzo 2006 senza poter differenziare, in proposito, i procedimenti cautelari *ante causam* o in corso di causa, «con la conseguenza che ben potranno darsi procedimenti cautelari soggetti alla l. n. 80/2005, per quanto innestati nel corso di una causa di merito del tutto estranea alla stessa legge: ipotesi che si attuerà allorché, durante un processo di cognizione già pendente da prima del 1° gennaio 2006, sia articolata un'istanza di cautela con ricorso depositato, oppure con istanza riportata nel verbale d'udienza, successivamente alla medesima data». Pure per LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 224, con specifico riferimento all'art. 669 *decies c.p.c.*, il momento determinante è quello del deposito del ricorso, indipendentemente dal fatto che l'istanza sia *ante causam* o in corso di causa: «quindi, anche se la causa di merito era già pendente in data antecedente, ed il ricorso per il cautelare è stato proposto, in corso di causa, successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa, si applicheranno le nuove disposizioni».

relative al termine per iniziare il giudizio di merito e all'attenuazione del vincolo di strumentalità, o quali quelle *ex art. 669 terdecies*, comma 1°, c.p.c., relative alla durata e alla decorrenza del termine di reclamabilità) non può dubitarsi della loro operatività soltanto a decorrere dal 1° marzo 2006.

Per le disposizioni che hanno recepito orientamenti consolidati (come il riconoscimento *ex art. 669 terdecies*, comma 4°, c.p.c. della proponibilità in sede di reclamo dei *nova* e del divieto di rimessione al primo giudice) o comunque in via di affermazione (come il riconoscimento *ex art. 669 quinquies* c.p.c. della compatibilità tra arbitrato irrituale e tutela cautelare, ancora minoritario in giurisprudenza ma ormai largamente prevalente in dottrina) sembra invece corretto ritenere che la disciplina dettata dalla l. n. 80/2005 retroagisca alla maniera delle norme di interpretazione autentica⁽¹⁴⁾, e sia quindi applicabile anche nei procedimenti cautelari iniziati prima del 1° marzo 2006 o che accedano a giudizi di merito iniziati prima di tale data.

⁽¹⁴⁾ In termini simili, cfr. CAMPESE, SCARPA, *op. loc. cit.*